



Roj: **STS 3098/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3098**

Id Cendoj: **28079110012018100478**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2018**

Nº de Recurso: **1026/2016**

Nº de Resolución: **489/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 489/2018**

Fecha de sentencia: 13/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **1026/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS, SECC. 1.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: **1026/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 489/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 13 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.<sup>a</sup>, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo. El recurso fue interpuesto por Bernabe , representado por el

procurador Ramón Blanco González. Es parte recurrida la entidad Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por la procuradora María Moreno de Barreda Rovira y bajo la dirección letrada de María Teresa Rojas Abascal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Ramón Blanco González, en nombre y representación de Bernabe y María Purificación , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, contra la entidad Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito, para que se dictase sentencia:

«1º.- Se declare la nulidad de pleno derecho de la cláusula financiera tercera bis 4º del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre los prestatarios don Bernabe y doña María Purificación , y la prestamista Caja Rural de Asturias, SCC, el día 9 de mayo de 2008 ante el Notario de Gijón, don Ángel Aznarez Rubio, al nº 1173 de su protocolo (de limitación a la variación del tipo de interés,"cláusula suelo/techo"), teniéndola por no puesta, y declarando la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario en el resto de su clausulado.

»2º.- Se condene a la demanda a reintegrar a los prestatarios las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de dicha cláusula de limitación a la variación del tipo de interés ("cláusula suelo") desde la fecha en que se comenzó a aplicar dicha cláusula hasta la actualidad, más las cantidades que se vayan devengando durante la tramitación del presente procedimiento por idéntico concepto; más los intereses legales desde la fecha en que se comenzó a aplicar dicha cláusula (9 de mayo de 2009).

»3º.- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales».

2. La procuradora Ángeles Pérez-Peña del Llano, en representación de la entidad Caja Rural de Asturias, SCC, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a Caja Rural de Asturias S.C.C. de todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimar parcialmente la demanda interpuesta por Bernabe y María Purificación contra Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito, declarando la nulidad, por abusiva, de la cláusula relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable (cláusula suelo) inserta en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 9 de mayo de 2008, con sus sucesivas novaciones, condenando a la entidad demandada a su eliminación del contrato suscrito entre las partes y a restituir a la parte actora las cantidades pagadas en exceso desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 , cantidades que se determinarán en ejecución de sentencia y que habrán de generar el interés legal del dinero desde la fecha de cada pago hasta esta sentencia, desplegando desde entonces sus efectos el art. 576 LEC . No procede condena en costas».

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Caja Rural de Asturias, SCC.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, mediante sentencia de 22 de febrero de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimando el recurso de apelación interpuesto por Caja Rural de Asturias SCC y con revocación de la sentencia de instancia desestimamos la demanda rectora del proceso, sin imposición de costas en ninguna de sus instancias.

»Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

### TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Ramón Blanco González, en representación de Bernabe , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª.

El motivo del recurso de casación fue:



«1º) Infracción de la jurisprudencia sobre propagación de los efectos de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guarden relación con el inválido, en interpretación del art. 1303 del Código Civil ».

2. Por diligencia de ordenación de 30 de marzo de 2016, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Bernabe , representado por el procurador Ramón Blanco González; y como parte recurrida la entidad Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por la procuradora María Moreno de Barreda Rovira.

4. Esta sala dictó auto de fecha 25 de abril de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Bernabe , contra la sentencia dictada, el día 22 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1ª), en el rollo de apelación n.º 484/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 134/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de julio de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 9 de mayo de 2008, Bernabe y María Purificación concertaron con Caja Rural de Asturias un contrato de préstamo hipotecario de 208.000 euros. Durante el primer año, el interés era fijo del 5,20%, y a partir de entonces pasaba a ser variable, determinado por el Euribor más un diferencial de 0,75%, que podía reducirse al 0,40% si los prestatarios domiciliaban su nómina en esa entidad. Además, se introdujo en la escritura una cláusula que limitaba la variación del tipo de interés: «en todo caso, el tipo de interés anual resultante de cada variación no podrá ser superior al 15,00% ni inferior al 3.00%».

Posteriormente, cuando empezó a operar el interés variable y la cláusula suelo, Bernabe negoció con la Caja Rural la fijación de una cláusula suelo más reducida, y se convino entre ambas partes un 2,75%. Al año siguiente, las partes convinieron en reducirla al 2,50%.

2. Bernabe y María Purificación , en la demanda que da inicio al presente procedimiento, pidieron la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia y la condena de la Caja Rural a restituir las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula.

3. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Después de rechazar que la cláusula suelo hubiera sido negociada, apreció la falta de transparencia de la cláusula y su nulidad. Pero condenó a restituir las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estima el recurso y desestima la demanda, con el siguiente razonamiento:

«Concertado el contrato en mayo de 2008 con un tipo suelo del 3%, indiscutiblemente los prestatarios en 2009, "al aplicarse por primera vez la cláusula suelo" (escrito de demanda), pactan verbalmente su minoración al 2,75% y el 14 de mayo de 2010 suscriben con la entidad un documento novando de nuevo el tipo al 2,50%. Cabría aceptar un desconocimiento por los prestatarios del tipo consignado en la escritura, tipo irrelevante en el devenir de la relación prestacional en la medida que no llegó a operar pues durante el primer año el préstamo devengó un interés fijo, pero la dinámica descrita, a criterio de la sala discrepante del sostenido por el juez a quo, muestra que cuando la cláusula suelo entra en vigor a la primera revisión pactada del interés variable en mayo de 2009 lo hizo a un tipo negociado entre las partes, que a su vez fue renegociado a la siguiente revisión del interés variable en mayo de 2010».

5. La sentencia ha sido recurrida en casación por Bernabe sobre la base de un solo motivo.

### SEGUNDO. Re curso de casación

1. *Formulación del motivo* . El motivo denuncia la «infracción de la jurisprudencia sobre la propagación de los efectos de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guarden relación con el inválido, en



interpretación del art. 1303 del Código Civil (principio *simil stabunt, simul cadent*, "juntos caerán quienes juntos estén")».

En el desarrollo del motivo se argumenta que «los efectos de la nulidad de pleno derecho de una cláusula de limitación de la variación del tipo de interés de un préstamo hipotecario (cláusula suelo) han de propagarse a las novaciones posteriores tendentes a la rebaja de dicho tipo de interés mínimo (es decir, a las renegociaciones posteriores tendentes a obtener una simple rebaja de dicha "cláusula suelo")».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo.** La nulidad de la cláusula suelo introducida en el contrato originario de 9 de mayo de 2008, lo sería como consecuencia de apreciar que no se cumplían las exigencias de transparencia, de acuerdo con el art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril. El efecto de esta nulidad, conforme al principio de efectividad consagrado en el art. 6.1 de la Directiva, sería que la cláusula no vincule al consumidor, esto es, que se tuviera por no puesta. Consiguientemente, si se hubiera llegado a aplicar, que no es el caso, deberían restituirse las cantidades indebidamente cobradas en ejecución de esa cláusula.

La cuestión controvertida suscitada por el motivo de casación es en qué medida esta nulidad puede afectar a posteriores acuerdos contractuales en los que las partes, después de una negociación, pactan un límite a la variabilidad inferior. Esto es: si la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia impide que el consumidor pueda más tarde, por iniciativa suya, con pleno conocimiento y mediante una negociación con el banco, pactar un suelo inferior a aquel inicialmente convenido en una cláusula nula por falta de transparencia.

**3.** Conviene advertir que la falta de transparencia de la cláusula suelo no determina la nulidad de la obligación de pago de intereses, sólo la de uno de los elementos que la delimitan.

La cláusula suelo constituye un elemento de la relación obligatoria de pago de los intereses de un préstamo hipotecario, que se convino fuera fijo el primer año, y a partir de entonces variable. La cláusula que introduce un límite inferior a la variabilidad del interés incide en el alcance de la obligación de pago de intereses.

La sustitución de un límite por otro, si bien constituye una modificación de la relación obligatoria de pago de los intereses, no es propiamente una novación extintiva, puesto que subsiste la misma relación obligatoria con esa alteración del límite inferior a la variabilidad del interés. Como explica la doctrina, nos hallamos ante la misma obligación.

**4.** Partiendo de lo anterior, hemos de analizar en qué medida la nulidad de la cláusula que en el originario contrato de préstamo hipotecario introdujo un límite inferior del 3% a la variabilidad del interés, aplicable después del primer año de contrato, impide o no que las partes pudieran pactar con posterioridad un límite inferior distinto, más bajo, en este caso del 2,75% primero, y más tarde del 2,50%.

Conviene recordar que una cláusula suelo, aquella que introduce un límite inferior a la variabilidad del interés pactado en un préstamo hipotecario, no es en sí misma nula. Esto es: no se considera abusiva y, por ende, nula como consecuencia de un control de contenido. Sería nula si se hubiera introducido sin cumplir con las exigencias de transparencia previstas en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, en la medida en que la falta de transparencia con carácter abstracto puede incidir en la prestación del consentimiento del consumidor. Como explicamos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, en consonancia con la doctrina del Tribunal de Justicia, si no fuera por la falta de transparencia, al versar el contenido de la cláusula sobre un elemento (el límite inferior a la variabilidad del interés) de una obligación (el pago de los intereses en un préstamo bancario) que constituye el precio del préstamo, no sería susceptible de control de abusividad. Y no lo sería porque se entiende que sobre «la adecuación entre precio y retribución» o «los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida» versa el consentimiento de las partes. Solo la falta de transparencia, que de forma abstracta impediría conocer bien aquello sobre lo que se presta el consentimiento, permite apreciar la abusividad y con ello declarar la nulidad.

El efecto de la nulidad es el que adelantábamos en el apartado 2 de este fundamento jurídico: que la cláusula se tenga por no puesta y, por lo tanto, que no produzca efectos. En consecuencia, en aplicación del art. 1303 CC, si se hubiera aplicado el límite inferior del 3% a la variabilidad del interés, el banco debería restituir lo cobrado mediante tal aplicación indebida.

Esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado.



Con ello, no se merma el principio de efectividad del art. 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes.

El hecho de ser una cláusula negociada la excluye de la aplicación de la Directiva 93/13, pues no se trata de una cláusula predispuesta por el empresario, sino el fruto del acuerdo entre las partes.

5. Conforme al art. 3.1 de la Directiva, sólo pueden ser cláusulas abusivas aquellas que no han sido objeto de negociación individual. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, la aceptación de la cláusula por el consumidor no le priva del carácter de cláusula impuesta, pues para que no sea considerada como tal, no basta que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso que efectivamente haya influido y ese elemento ha de ser probado. Así nos pronunciamos en la sentencia 649/2017, de 29 de noviembre :

«En lo relativo al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, la jurisprudencia ha establecido las siguientes conclusiones:

»a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar.

»b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

»c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

»d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

En nuestro caso, quedó acreditado en la instancia que fue el consumidor quien acudió al banco para que le redujera el límite inferior a la variabilidad del interés y que, fruto de la negociación, se fijó primero en el 2,75% y al año siguiente en el 2,50%.

Bajo estas premisas, el límite estaría en que el consentimiento prestado a esta sustitución de una cláusula suelo por otra no estuviera viciado, lo que es ajeno no sólo al motivo de casación, sino también al presente caso.

6. Podría parecer que la anterior doctrina entra en contradicción con lo que se razonó en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre , que invocó el art. 1208 CC como argumento de refuerzo, sin que fuera la razón principal de su decisión.

En el caso resuelto por la sentencia 558/2017, de 16 de octubre , con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda dentro de una promoción inmobiliaria, ante las quejas del prestatario adquirente de la vivienda, el banco había rebajado el límite inferior a la variabilidad del interés, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas de esa misma promoción, durante un año, y después había vuelto a aplicar el interés pactado.

En ese caso entendimos que la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, «pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria». En realidad, no había habido ningún acuerdo de modificación de la cláusula suelo, esto es, las partes no habían convenido otro límite inferior a la variabilidad del interés, sino que el banco había reaccionado a las quejas del cliente aplicando, durante un tiempo, un suelo inferior al pactado y equivalente al convenido con otros vecinos de la misma promoción. Como razón adicional, añadimos que al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del art. 1208 CC , que vedaría la novación modificativa de la cláusula.

Esta última afirmación, como ya advertimos en la posterior sentencia 205/2018, de 11 de abril , necesitaba de alguna matización. Primero, en ese caso no había habido ningún acuerdo de modificación de la cláusula suelo. Y, además, conforme a lo razonado en un apartado anterior, la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del préstamo hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida.



En consecuencia, sin perjuicio de que se mantenga la razón principal de la decisión adoptada en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre , advertimos que la referencia al art. 1208 CC en estos casos resultaba improcedente.

**TERCERO.** Costas

1. Desestimado el recurso de casación, se impone a la parte recurrente las costas ocasionadas con su recurso ( art. 398.1 LEC ).

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Bernabe contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 1ª) de 22 de febrero de 2016 (rollo 484/2015 ), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo de 31 de julio de 2015 (juicio ordinario 134/2014).

2.º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.